



VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Het gebruik van een anonieme brief in de ontnemingsprocedure)

Borgers, M.J.

2008

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2008). *Case note: Hoge Raad (Het gebruik van een anonieme brief in de ontnemingsprocedure)*, No. 406, Jan 22, 2008. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2008).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Met noot van M.J. Borgers

1

Bij de CID komt een anonieme brief binnen met daarin informatie over een partij heroïne die onderweg zou zijn naar een groep drugshandelaren. Enkele passages uit deze brief worden overgenomen in een proces-verbaal. In de ontnemingsprocedure waarin dit proces-verbaal een rol speelt, komen twee interessante juridische vragen aan de orde. Allereerst gaat het om de vraag of de brief zelf onderdeel moet uitmaken van het procesdossier. Voorts rijst de vraag in hoeverre het gebruik van anoniem verstrekte informatie mogelijk en verantwoord is in relatie tot de oplegging van de ontnemingsmaatregel, mede gelet op het feit dat de voorschriften van artikel 344a Sv niet van toepassing zijn in de ontnemingsprocedure.

2

Naar aanleiding van het — door het gerechtshof afgewezen — verzoek tot toevoeging van de anonieme brief aan het dossier haalt de Hoge Raad de zogenoemde Dev Sol-criteria aan (HR 7 mei 1996, NJ 1996, 687 m.nt. Sch), zij het in een formulering die is toegesneden op de ontnemingsprocedure. Alle ‘stukken behelzende de resultaten van het op de ontneming gerichte onderzoek’, of die nu gunstig of ongunstig zijn voor de betrokkene, dienen in het dossier te worden gevoegd. De toepassing van de Dev Sol-criteria in verband met de ontnemingsprocedure is nieuw in de rechtspraak van de Hoge Raad, maar tegelijkertijd weinig verrassend en in ieder geval wenselijk. Die criteria hebben immers betekenis voor alle vragen van artikel 348 en 350 Sv en omvatten daarmee ook de sanctiebeslissing (vgl. o.a. Simmelink & Baaijens-van Geloven, in: Het vooronderzoek in strafzaken, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 464-465; Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 241; Franken, ‘De betekenis van het dossier in het strafproces’, in: Melai/Groenhuijsen e.a., Het Wetboek van Strafvordering, aant. 4.1; vgl. ook HR januari 2000, NJ 2000, 537 m.nt. Sch, rov. 5.4.1). Bovendien dienen (ook) voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel de nodige feitelijke vaststellingen te worden gedaan. De daarop betrekking hebbende beslissingen kunnen alleen verantwoord worden genomen indien het dossier een compleet beeld van de onderzoeksresultaten laat zien. Het valt derhalve positief te waarderen dat de Hoge Raad voor de inzage van stukken geen strengere of afwijkende eisen stelt — of in elk geval: lijkt te stellen (zie onder 3-4) — in de ontnemingsprocedure dan in een ‘gewone’ strafzaak.

3

Met het aanhalen van de Dev Sol-criteria sluit de Hoge Raad — op het eerste gezicht — aan bij het reeds ontwikkelde, duidelijke regime voor de samenstelling van het dossier. Dat regime komt erop neer dat alle processtukken — dus: alle stukken behelzende de resultaten van het onderzoek — in het dossier moeten worden gevoegd. Ten aanzien van alle overige stukken — dat wil zeggen: alle ‘documenten of

voorwerpen betreffende hulpmiddelen die bij de opsporing of de uitvoering van een onderzoeksmethode zijn benut om tot resultaten te komen' (Simmelink & Baaijens-van Geloven, t.a.p., p. 465) — geldt dat de verdediging in beginsel recht heeft op de kennisneming van deze stukken met het oog op het aanvechten van de betrouwbaarheid of de rechtmatigheid van de verkrijging van enig bewijsmiddel. Die kennisneming kan echter worden beperkt of ontzegd op grond van een belangenafweging. Bij nauwkeurige bestudering van het hierboven afgedrukte arrest valt het op dat de Hoge Raad de Dev Sol-criteria niet heel precies overneemt. In het oog springt de volgende zin: 'Kennisneming van de processtukken mag in beginsel aan de betrokkene en zijn raadsman niet worden onthouden.' Deze zin is ontleend aan het Dev Sol-arrest, maar daarin ontbreken de woorden 'in beginsel'. In het Dev Sol-arrest wordt wel gesproken van 'uitzonderingen voor beperkte duur'. Wellicht wordt met 'in beginsel' verwezen naar die uitzonderingen, maar het is ook mogelijk dat de Hoge Raad aldus een ruimere, niet specifiek afgebakende categorie uitzonderingen wil toelaten in relatie tot processtukken. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is dit het eerste arrest waarin de woorden 'in beginsel' in het onderdeel van de Dev Sol-criteria dat betrekking heeft op de processtukken, worden betrokken. Wat is er aan de hand? Gaat het om een — onnauwkeurige — verwijzing naar de uitzonderingen voor beperkte duur, betreft het een slip of the pen of hebben we te maken met een fundamentele bijstelling van de Dev Sol-criteria, in die zin dat een belangenafweging thans ook is toegelaten ten aanzien van processtukken en niet meer alleen met betrekking tot niet-processtukken? Alvorens nader op deze vraag in te gaan moet eerst nog op het volgende worden gewezen. Het gerechtshof heeft in de hier besproken zaak het verzoek tot toevoeging van de anonieme brief aan de processtukken afgewezen met het argument dat het recht op kennisname van relevante processtukken niet absoluut is en dat dus een afweging van de betrokken belangen is toegelaten. In het licht van de Dev Sol-criteria slaat het gerechtshof de plank mis: indien ervan wordt uitgegaan dat de brief heeft te gelden als een processtuk, dient die brief in het dossier te worden gevoegd en is een belangenafweging niet aan de orde. De Hoge Raad dicht het gerechtshof evenwel, hoewel dat gelet op de desbetreffende overweging van het gerechtshof niet voor de hand ligt, het kennelijke oordeel toe dat de brief niet tot de processtukken moet worden gerekend, waardoor de belangenafweging keurig in het Dev Sol-stramien kan worden ingepast en de beslissing van het gerechtshof in stand kan blijven. Voor de concrete beslissing in deze zaak beroept de Hoge Raad zich dus niet op de mogelijk met de ingevoegde woorden 'in beginsel' gecreëerde uitzonderingsgrond voor processtukken.

4

Hoe kunnen de overwegingen van de Hoge Raad omtrent de toevoeging van de brief nu worden geduid? De meest verstrekkende interpretatie van de woorden 'in beginsel' — in de zin van de aangeduide fundamentele bijstelling van de Dev Sol-criteria — is niet bij voorbaat onaannemelijk. Een zekere relativering van de harde regel dat processtukken aan het dossier dienen te worden toegevoegd, zou op zich kunnen worden verdedigd met een beroep op de rechtspraak van het EHRM. In die rechtspraak wordt overwogen: '(...) the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (...)' (zie o.a. EHRM 16 februari 2000, Jasper tegen het

Verenigd Koninkrijk, appl. nr. 27052/95, § 52; zie voor een overzicht van de relevante rechtspraak de bijdrage van Franken aan KriTies, Deventer: Kluwer 2004, p. 21-24). Deze criteria zijn ontwikkeld tegen de achtergrond van de Engelse disclosure-procedure, maar zijn ook al eens toegepast in een Nederlandse zaak (EHRM 25 mei 2004, Cornelis tegen Nederland, appl. nr. 994/03). Het is niet ondenkbaar dat de Dev Sol-criteria meer zouden worden toegesneden op de — op dit punt minder rechtsbescherming biedende — beoordelingscriteria uit de Straatsburgse rechtspraak. (Zie over de verhouding tussen de Nederlandse en Straatsburgse benadering Franken, in: Melai/Groenhuijsen e.a., a.w., aant. 4.7.) Maar ik acht het niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad een dergelijke stap juist in de hierboven afgedrukte uitspraak heeft willen zetten. Men mag immers verwachten dat de Hoge Raad een dergelijke koerswijziging openlijk en met een toelichting zou inzetten. Bovendien, als er wel sprake zou zijn van een bijstelling van de Dev Sol-criteria, had de Hoge Raad ook niet het oordeel van het gerechtshof aldus hoeven te herformuleren dat de anonieme brief geen processtuk is om de gemaakte belangenafweging te kunnen billijken. Gaat het wellicht om een specifieke uitzondering voor ontnemingszaken, in die zin dat bij ontneming wel een belangenafweging met betrekking tot de voeging van processtukken in het dossier is toegelaten? Ook dat acht ik niet waarschijnlijk. Ik kan althans geen goede reden bedenken waarom specifiek voor ontnemingszaken een uitzondering op de Dev Sol-criteria toelaatbaar geacht zou moeten worden. Het belang dat is gemoeid met de samenstelling van het procesdossier — de garantie van een eerlijk en adversair proces waarin de betrokkenen in gelijke mate beschikken over het materiaal dat relevant is voor de te nemen beslissing —, komt in een ontnemingsprocedure evenveel gewicht toe als in een ‘gewone’ strafzaak. Al met al is het dus moeilijk te duiden op grond waarvan de Hoge Raad de woorden ‘in beginsel’ in de passage over het recht op kennisneming van de processtukken heeft opgenomen. Ik houd het erop op dat het gaat om een (onnauwkeurig geformuleerde) verwijzing naar ‘uitzonderingen voor beperkte duur’ of om een slip of the pen.

5

Ervan uitgaande dat de Hoge Raad de Dev Sol-criteria onverkort van toepassing acht in de ontnemingsprocedure, valt er nog wel wat af te dingen op de beslissing in dit concrete geval. In hoeverre kan worden volgehouden dat de anonieme brief geen processtuk is? De informatie in de brief over de hoeveelheid heroïne is gebruikt voor de berekening van het voordeel dat uit soortgelijke feiten is verkregen. Wanneer men kijkt naar de door de Hoge Raad gebezigde definitie van processtukken — stukken die van invloed kunnen zijn op de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel en die redelijkerwijs van belang kunnen zijn in voor de betrokkene gunstige of ongunstige zin —, lijdt het naar mijn mening weinig twijfel dat gelet op de inhoud van de brief er sprake is van een processtuk. De complicatie schuilt erin dat de inhoud van die brief wordt overgebracht door een proces-verbaal van de CID, dat zich beperkt tot een letterlijke weergave van (slechts) een aantal passages uit die brief. Wat heeft dan te gelden als het processtuk, de brief of het proces-verbaal? Men zou kunnen betogen dat het proces-verbaal aangemerkt kan worden als het resultaat van het op de ontneming gerichte onderzoek, zodat alleen dat proces-verbaal in het dossier hoeft te worden gevoegd. De oorspronkelijke brief is dan ‘slechts’ van belang om de totstandkoming, de juistheid en de volledigheid van dat proces-verbaal te controleren, zodat de brief als een niet-processtuk kan worden aangemerkt. Een sterke redenering is dit

naar mijn mening niet. Het proces-verbaal betreft immers niets anders dan een reproductie van (een deel van) de brief, zodat wanneer men het proces-verbaal als een resultaat van het onderzoek aanduidt dat eo ipso geldt voor de brief. Het had anders gelegen indien de brief slechts als startinformatie van het onderzoek had gefungeerd, maar in dit geval heeft de brief te gelden als de oorspronkelijke drager van de informatie die (ten dele) ook in het proces-verbaal staat vermeld. Om die reden ben ik, anders dan de Hoge Raad, van mening dat de brief heeft te gelden als processtuk. Het strikte stramien van de Dev Sol-criteria brengt dan met zich dat een belangenafweging achterwege had moeten worden gelaten en de brief in het dossier had moeten worden gevoegd. (Een andere, minder rigide benadering is overigens denkbaar en verdedigbaar, maar zou gepaard moeten gaan met een versterking van de rol van de rechter in het vooronderzoek. Vgl. Simmelink & Baaijens-van Geloven, t.a.p., p. 489-494.)

Maar ook wanneer op dit punt wordt meegegaan in de beslissing van de Hoge Raad — de brief is geen processtuk —, is kritiek mogelijk. De afweging van het gerechtshof, die door de Hoge Raad wordt gebillijkt, om de brief niet aan het dossier toe te voegen berust eerst en vooral op het argument dat het openbaren van de brief de schrijver ervan in gevaar zou brengen. (Op het tweede argument, dat het niet-voegen in het dossier in voldoende mate wordt gecompenseerd doordat de betrokkene de gelegenheid heeft gehad om de verbalisant als getuige te horen, kom ik hierna terug in relatie tot het gebruik van de brief voor het bewijs.) Het gerechtshof lijkt blind te varen op de mededeling van de advocaat-generaal dat de schrijver van de brief in gevaar zou komen. Uit de overwegingen van het gerechtshof blijkt niet dat de rechter in casu een eigen inschatting heeft gemaakt van dat gevaar, waarbij nog geldt dat het door het gerechtshof aangenomen gevaar tamelijk abstract van aard is. Waaruit blijkt eigenlijk dat de anonieme persoon die de brief heeft geschreven in gevaar komt door openbaring van de brief, waaruit bestaat dat gevaar precies (herkenning van het handschrift?) en hoe concreet is de dreiging dat het gevaar zich realiseert? Het wordt door het gerechtshof niet toegelicht. Deze weinig kritische houding valt te betreuren, juist omdat het aan de rechter is om de belangen van de briefschrijver af te wegen tegen de belangen die met openbaarmaking van de brief zijn gemoeid. Het komt mij dan ook voor dat de beslissing van het gerechtshof op gespannen voet staat met de Straatsburgse rechtspraak. In die rechtspraak staat voorop dat het niet openbaar maken van relevant materiaal een uitzondering is op de hoofdregel dat dergelijk materiaal wel ter beschikking staat van de verdachte, waarbij die uitzondering moet berusten op een afweging van alle betrokken belangen. Dat houdt niet alleen in dat de vervolgende instantie niet mag verhullen dat informatie achter wordt gehouden, maar ook dat de afweging van de vervolgende instantie om stukken niet in het dossier te voegen door de rechter inhoudelijk wordt getoetst. (Vgl. naast de reeds genoemde zaak-Jasper ook EHRM 16 februari 2000, Rowe & Davis tegen het Verenigd Koninkrijk, appl. nr. 28901/95, § 63-66.) Aan dat laatste schort het in de hier besproken zaak.

6

Vervolgens komt de bewijsrechtelijke vraag aan de orde in hoeverre het proces-verbaal van de CID waarin enkele passages uit de anonieme brief zijn opgenomen, kan meewerken voor de bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De wijze waarop feiten en omstandigheden worden vastgesteld met het oog op de oplegging van een ontnemingsmaatregel, is betrekkelijk summier in de wet geregeld. Naast de criteria die in artikel 36e Sr besloten liggen ('voldoende aanwijzingen', 'aannemelijk') is vooral

artikel 511f Sv van belang. Op grond van dat voorschrift kan de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel slechts worden ontleend aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen. Artikel 511f Sv kenmerkt zich door een zeker minimalisme. Zo ligt in artikel 511f Sv besloten — de wetsgeschiedenis laat daarover geen misverstand bestaan — dat de gehanteerde bronnen weliswaar tot de opsomming van artikel 339 lid 1 Sv moeten behoren, maar dat de voorschriften met betrekking tot de bewijskracht van diverse bewijsmiddelen geen toepassing vinden (o.a. HR 9 september 1997, NJ 1998, 90). In de hier besproken zaak brengt dat met zich dat het proces-verbaal waarin enkele passages uit de anonieme brief zijn opgenomen, als wettig bewijsmiddel kan gelden, zonder dat de rechter zich vervolgens iets gelegen hoeft te laten liggen aan de voorschriften van artikel 344a Sv. De Hoge Raad overweegt evenwel dat gewaarborgd dient te zijn dat ‘aan de verdedigingsrechten van de betrokkene in voldoende mate tegemoet wordt gekomen.’ Op dat vlak ziet de Hoge Raad in de onderhavige zaak geen problemen, nu de schatting van het voordeel niet uitsluitend op het genoemde proces-verbaal berust en het niet-inzien van de anonieme brief in voldoende mate wordt gecompenseerd doordat de betrokkene de verbalisant heeft kunnen ondervragen.

7

Met het vooropstellen van de verdedigingsrechten aanvaardt de Hoge Raad voor ontnemingszaken een belangrijke randvoorwaarde voor het gebruik van bewijsmateriaal dat uit een anonieme bron afkomstig is. De uitwerking die de Hoge Raad daar vervolgens aan geeft, sluit op hoofdlijnen — de details bespreek ik hierna onder 8 — aan bij de criteria die zijn ontwikkeld door het Straatsburgse hof en die ook zijn neergeslagen in artikel 344a Sv. Het valt op dat de Hoge Raad in zijn overwegingen evenwel niet verwijst naar artikel 6 EVRM. Dat is opmerkelijk, maar ook wel begrijpelijk. De relatie tussen artikel 6 EVRM en de ontnemingsprocedure is door het EHRM tamelijk complex uitgewerkt. Duidelijk is dat de procedure waarin een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd, moet voldoen aan de vereisten van een fair trial in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM, maar inmiddels is ook gebleken dat het tweede lid van artikel 6 EVRM soms wel, maar soms ook niet (rechtstreeks) van toepassing is. Dat hangt samen met de invulling die het EHRM geeft aan het begrip criminal charge in relatie tot ontnemingszaken. (Vgl. EHRM 5 juli 2001, Phillips tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 41087/98, DD 2001, p. 1007-1024 tegenover EHRM 1 maart 2007, Geerings tegen Nederland, NJ 2007, 349 m.nt. M.J. Borgers.) Hoewel er naar mijn mening goede argumenten voorhanden zijn om artikel 6 EVRM integraal van toepassing te verklaren op de ontnemingsprocedure (vgl. De ontnemingsmaatregel, Den Haag: BJu 2001, p. 116-118, 325-329), kan ik mij voorstellen dat de Hoge Raad de precieze verhouding tussen de ontnemingsprocedure en artikel 6 lid 3 sub d EVRM — dat in het bijzonder van belang is voor kwesties ter zake van anonieme getuigen — onbesproken heeft willen laten. Bovendien, artikel 6 EVRM stelt minimumrechten. Ook zonder die verdragsbepaling doet de Hoge Raad er goed aan om de verdedigingsrechten op de voorgrond te plaatsen en niet het minimalistische voorschrift van artikel 511f Sv strikt naar de letter toe te passen.

8

Deze positieve waardering van het arrest van de Hoge Raad neemt niet weg dat het arrest in de uitwerking van de betekenis van de verdedigingsrechten vragen en kritiek oproept. Dat hangt er juist mee samen dat artikel 344a Sv niet, althans niet rechtstreeks, van toepassing is en dat de Hoge Raad

niet refereert aan artikel 6 EVRM. Het is daardoor niet klip en klaar wat de Hoge Raad precies onder de rechten van de verdediging wil verstaan. Spelen de voorschriften van artikel 344a Sv indirect een rol? Is, ondanks het niet noemen van artikel 6 EVRM, de Straatsburgse rechtspraak toch richtinggevend? Of ziet de Hoge Raad wellicht ruimte voor een zekere modificatie van de in die rechtspraak ontwikkelde criteria? Een heel concreet antwoord op deze vragen durf ik niet te geven, maar men kan het één en ander afleiden uit rov. 3.5.4. Daarin komt allereerst naar voren dat het proces-verbaal van de CID niet het enige bewijsmiddel is waarop de schatting steunt. De Hoge Raad refereert aan een overweging van het gerechtshof waarin aan de hand van financiële aantekeningen en enkele andere onderzoeksgegevens wordt afgeleid dat er iets meer dan 200 kilo heroïne moet zijn verkocht. Aldus lijkt de Hoge Raad tot uitdrukking te willen brengen dat het proces-verbaal van de CID een betrekkelijk ondergeschikte rol speelt in de constructie van de voordeelsberekening, waarmee impliciet toepassing wordt gegeven aan het voorschrift van artikel 344a lid 1 Sv, op grond waarvan de rechter niet uitsluitend of in beslissende mate het bewijs mag gronden op schriftelijke bescheiden houdende verklaringen van personen wier identiteit niet blijkt (vgl. ook EHRM 26 maart 1996, Doorson tegen Nederland, NJ 1996, 741 m.nt. Kn, § 76 en EHRM 23 april 1997, Van Mechelen e.a. tegen Nederland, NJ 1997, 635 m.nt. Kn, § 55). Het oordeel van de Hoge Raad laat zich minder makkelijk duiden wanneer de vraag wordt gesteld of de Hoge Raad ook impliciet toepassing heeft willen geven aan artikel 344a lid 3 Sv. In het licht van dit voorschrift is allereerst van belang of de identiteit van de anonieme zegsman daadwerkelijk niet kan worden vastgesteld (vgl. HR 4 juni 2002, NJ 2002, 416). Het lijkt erop dat het gerechtshof ervan uitgaat dat de identiteit van de briefschrijver in de onderhavige zaak niet traceerbaar was, al wordt dat niet echt duidelijk vastgesteld. Enige twijfel lijkt mij op dit punt wel mogelijk. Juist het feit dat door het openbaar ministerie wordt aangenomen dat de briefschrijver gevaar loopt wanneer de brief openbaar wordt gemaakt, roept de vraag op of er wellicht toch meer bekend was over de identiteit van de briefschrijver. Hoe dan ook, ervan uitgaande dat het proces-verbaal van de CID inderdaad kan gelden als een schriftelijk bescheid houdende de verklaring van een persoon wiens identiteit niet blijkt, stelt artikel 344a lid 3 Sv twee cumulatieve eisen voor het bezigen van dat bescheid voor het bewijs: a. de bewezenverklaring vindt in belangrijke mate steun in andersoortig bewijsmateriaal en b. door of namens de verdachte is niet op enig moment in het geding de wens te kennen gegeven om de desbetreffende persoon te (doen) horen. De eerste eis lijkt in de onderhavige zaak niet problematisch, gelet op de aanwezigheid van de eerder genoemde financiële aantekeningen en andere onderzoeksgegevens. Iets ingewikkelder ligt het ten aanzien van de tweede eis. De verdediging heeft in de beginfase van het proces het verzoek gedaan de briefschrijver te horen (vgl. de conclusie van A-G Machielse, onder 3.2, en ook de conclusie van A-G Vellinga voor het eerder in deze zaak gewezen arrest HR 1 april 2003, LJN AF4159, onder 15-16). Dat verzoek is in eerste aanleg ook toegewezen, maar toen heeft men de briefschrijver niet kunnen traceren. In een later stadium heeft de verdediging kennelijk — gelet op het feit dat in deze (tweede) cassatieprocedure niet wordt geklaagd over het niet-horen van de opsteller van de brief — niet vastgehouden aan het verzoek tot het horen van deze getuige. In het algemeen geldt dat klachten over het gebruik van verklaringen van een niet ondervraagde getuigen alleen effect kunnen hebben indien tijdig en goed gemotiveerd een verzoek tot het horen van die persoon is gedaan (vgl. de analyse door De Wilde, NJB 2007, p. 1396-1403, van de relevante Straatsburgse en Nederlandse rechtspraak). Hoewel artikel 344a lid 3 Sv op dit punt betrekkelijk soepel is — het volstaat dat op enig moment in het geding de wens te kennen is gegeven om de anoniem gebleven persoon te horen (vgl.

ook HR 14 maart 2006, NJ 2006, 209) —, zou uit het feit dat de verdediging niet heeft vastgehouden aan het verzoek tot het horen van de briefschrijver, kunnen worden afgeleid dat van dat verzoek afstand is gedaan. In dat geval is voldaan aan het in artikel 344a lid 3 sub b Sv genoemde vereiste (HR 11 mei 1999, NJ 1999, 526). Ik zal niet beweren dat dit ook de impliciete argumentatie is van de Hoge Raad. Maar met de hier door mij gebezigde redenering laat de beslissing om het proces-verbaal van de CID te bezigen zich materieel inpassen in de — formeel niet in de ontnemingsprocedure geldende — eisen van artikel 344a lid 3 Sv. In dit verband kan er nog op worden gewezen dat aan artikel 360 lid 1 Sv kennelijk niet (indirect) betekenis wordt toegekend, want aan het gebruik van dat proces-verbaal wordt door de Hoge Raad niet de eis gesteld dat de rechter zich uitspreekt omtrent de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring en ook niet de eis dat de rechter laat blijken de verklaring behoedzaam en terughoudend te hebben gebruikt (vgl. HR 20 mei 1997, NJ 1998, 22 m.nt. JR). Dat sluit aan bij het feit dat in de ontnemingsprocedure artikel 344a Sv (formeel) geen toepassing vindt. Maar het neemt niet weg dat een dergelijke motiveringsplicht ook in de ontnemingsprocedure niet zou misstaan, want anoniem verstrekte informatie is in een ontnemingsprocedure niet minder oncontroleerbaar dan in een ‘gewone’ strafzaak.

9

Is het gebruik van het proces-verbaal te rijmen met de Straatsburgse rechtspraak? Aandacht verdient vooral het argument van het gerechtshof, A-G Machielse en de Hoge Raad dat aan de verdedigingsrechten in voldoende mate tegemoet is gekomen doordat de betrokkene de opsteller van het proces-verbaal van de CID heeft kunnen horen. Op dat argument valt het één en ander af te dingen. In de rechtspraak van het EHRM staat voorop dat de verdediging de betrouwbaarheid en de geloofwaardigheid van een verklaring van een getuige moet kunnen onderzoeken. Voor dat onderzoek is het niet alleen noodzakelijk dat aan die getuige vragen kunnen worden gesteld, maar ook dat de identiteit van de getuige bekend is. Wanneer het een anonieme getuige betreft, moet de daaruit voortvloeiende beperking van het ondervragingsrecht worden gecompenseerd. In de casuïstische rechtspraak van het EHRM komen als compenserende factoren naar voren dat de getuige wordt gehoord door een rechter die wél bekend is met de identiteit van de getuige, dat deze rechter zich een oordeel vormt omtrent de gegrondheid van de redenen van de getuige om anoniem te willen blijven en over de betrouwbaarheid van de verklaring en dat de verdediging in de gelegenheid is om vragen te (doen) stellen die ook voor een belangrijk deel worden beantwoord (o.a. EHRM 20 november 1989, Kostovski tegen Nederland, NJ 1990, 245 m.nt. EAA, § 43; zie ook Alink & Van Zeben, Getuigen in het Nederlands strafproces, Nijmegen: WLP 2007, p. 84). Een dergelijke procedurele gang van zaken is tevens van belang met het oog op de toets die de rechter moet uitvoeren of er voldoende zwaarwegende belangen aanwezig zijn om de identiteit van de getuige af te schermen (vgl. bijvoorbeeld EHRM 14 februari 2002, Visser tegen Nederland, NJ 2002, 378 m.nt. Sch, § 14). Eerst wanneer de benodigde compensatie wordt geboden, is het gebruik van de verklaring van de anonieme getuige voor het bewijs mogelijk, zij het dat ook dan die verklaring het bewijsoordeel niet in beslissende mate mag dragen en meer in het algemeen geldt dat de rechter de verklaring met extreme care moet benaderen (o.a. Doorson, § 76). Wanneer de compensatie niet kan worden geboden, bijvoorbeeld omdat de anoniemus niet benaderbaar is en dus ook niet op enigerlei wijze kan worden gehoord, is de

consequentie dat het gebruik van diens verklaring niet in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Het mag duidelijk zijn dat deze gestrengheid bepaald niet naar voren treedt in de onderhavige ontnemingszaak. Wellicht speelt daarbij een rol dat de verdediging niet is blijven vasthouden aan het verzoek tot het horen van de briefschrijver. Dat zou een reden kunnen zijn om aan te nemen dat de verdediging kennelijk niet langer aanspraak heeft willen maken op de rechten die op dit punt uit het EVRM voortvloeien (vgl. ook (toen nog) A-G Fokkens in zijn conclusie voor HR 11 mei 1999, NJ 1999, 526, onder 7), maar die koers kiest de Hoge Raad niet. Bij deze stand van zaken is de invulling van de verdedigingsrechten door de Hoge Raad opmerkelijk en niet onproblematisch te noemen, ook omdat het kernprobleem ten aanzien van het gebruik van de verklaring van anonieme getuigen — de beperking in de mogelijkheid om de betrouwbaarheid en de geloofwaardigheid te onderzoeken — in de ontnemingsprocedure niet wezenlijk anders ligt dan in een gewone strafzaak. Duidelijk is dat de Hoge Raad de verdedigingsrechten vooropstelt en ook dat hij het van belang vindt dat compensatie plaatsvindt wanneer de uitoefening van die rechten wordt verkort. De Hoge Raad heeft daaraan evenwel — in ieder geval in deze zaak (zie onder 10) — niet een dusdanige invulling gegeven dat onverkort wordt aangesloten bij de Straatsburgse rechtspraak.

10

Tot slot. De Hoge Raad zet in het hier besproken arrest enkele hoofdlijnen uit die bijdragen aan een eerlijke ontnemingsprocedure, waarin de rechten van de verdediging worden gerespecteerd. Zowel het van toepassing verklaren van de Dev Sol-criteria in relatie tot de kennisneming van de processtukken en de inhoud van het dossier als de (niet-wettelijk voorgeschreven) toetsing aan de verdedigingsrechten bij het gebruik van bewijsmateriaal uit anonieme bron, kunnen worden toegejuicht. Tegelijkertijd laten zich diverse kritische kanttekeningen plaatsen bij het arrest: het terloops invoegen van de woorden ‘in beginsel’, het niet-aanmerken van de anonieme brief als processtuk, de weinig kritische houding tegenover het gestelde belang van de schrijver van de brief, het niet-aannemen van een met artikel 360 lid 1 Sv vergelijkbare motiveringsplicht alsmede het aanmerken van het horen van de verbalisant als toereikende compensatie. Hierbij past de kanttekening dat de verdediging in de onderhavige zaak wellicht niet op het scherpst van de snede heeft geopereerd. Er is niet tot in laatste instantie vastgehouden aan het verzoek tot het (doen) horen van de briefschrijver, terwijl aan de CID-verbalisant ter zitting nauwelijks kritische vragen zijn gesteld over de inhoud van de brief, de redenen om die inhoud slechts gedeeltelijk op te nemen in een proces-verbaal en de redenen om te veronderstellen dat de briefschrijver in gevaar zou komen door openbaarmaking van de brief (vgl. de conclusie van A-G Machielse onder 4.13). In het oog moet ook worden gehouden dat de informatie uit de anonieme brief geen cruciale rol heeft gespeeld in de gehanteerde voordeelsberekening. Deze specifieke kenmerken van de zaak hebben misschien in meer of mindere mate invloed uitgeoefend op de wijze waarop de Hoge Raad zijn beslissingen heeft ingekleed in deze ontnemingszaak die al zo’n tien jaar liep en die al eerder een keer bij de Hoge Raad heeft gediend. Het is goed om dat voor ogen te houden en niet te blijven steken bij de minder geslaagde onderdelen van het arrest. Het zijn de — positief te waarderen — hoofdlijnen van dit arrest die uitstijgen boven het concrete zaaksniveau en die — al met al — een goede basis kunnen bieden voor de ontwikkeling van een volwaardig en met waarborgen omgeven bewijsstelsel in ontnemingszaken.